



Roj: **STS 51/2018 - ECLI:ES:TS:2018:51**

Id Cendoj: **28079110012018100023**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **1412/2015**

Nº de Resolución: **24/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 472/2015,**
STS 51/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 24/2018

Fecha de sentencia: 17/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1412/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1412/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 24/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 17 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 13 de febrero de 2015, dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 769/2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, sobre nulidad de cláusula suelo.

El recurso fue interpuesto por D. Jose Pablo, representado por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre y bajo la dirección letrada de D. José Vicente Franco Palencia.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y bajo la dirección letrada de D.ª Inmaculada Béjar Vázquez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara, en nombre y representación de D. Jose Pablo, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banca Cívica S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

» 1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4,50%, así como la elimine del contrato, y cuyo contenido literal es:

» [...] Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 4,50 ? [...]

» 2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas ut supra, así como indemnice los daños y perjuicios causados, sumando a las cantidades pagadas de más el interés legal del dinero, así como los intereses que legalmente nos corresponda. Salvo error aritmético, la cantidad abonada de más hasta la fecha de interposición de la demanda, como consecuencia de la cláusula suelo asciende a 2.503,5 euros de intereses, a los que habrá de sumarse el interés legal del dinero.

» Que se condene igualmente a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscrito con el demandante, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado a la fecha de interposición de la presente demanda, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

» Que se condene a la entidad demandada a abonar todas las cantidades pagadas de más desde la fecha de interposición de la presente demanda hasta que se dicte sentencia.

» 3.- Y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 4 de julio de 2013, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla y fue registrada con el núm. 769/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de Caixabank S.A., como sucesora procesal de Banca Cívica S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Sevilla, dictó sentencia núm. 9/2014 de 16 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Jose Pablo consta Caixabank S.A., con los siguientes pronunciamientos:

» 1º) declaro la nulidad del extremo siguiente de la estipulación sexta en el extremo siguiente:

» También se modifica el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar a este préstamo que quedan establecidos en el 3.95 % y el 14 % respectivamente.

» La declaración de nulidad llevará consigo los efectos restitutorios señalados en el último párrafo del fundamento de derecho 5º de esta resolución.

» 2º) Condono a Caixabank SA al pago de las costas de esta instancia.



» 3º) Líbrese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación a los efectos de que se proceda a la inscripción de la presente sentencia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de D. Jose Pablo se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 3193/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 13 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia que, con fecha 16 de enero de 2.014, dictó el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad , en los autos de juicio ordinario de que el presente rollo dimana, demos (sic) absolver y absolvemos por completo a la demandada, Banca Cívica, S.A., de los pedimentos de la demanda formulada en su contra por Don Jose Pablo , sin que se haga imposición del pago de las costas causadas en ambas instancias.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara Cano, en representación de D. Jose Pablo , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 1 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la contratación (en adelante LCGC), infracción del artículo 3, del artículo 82.2 en relación al artículo 217.6 LEC del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), y por último infracción del artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios y de los artículos 19 a 32 , y 23 de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; en relación a la negociación de la constitución del préstamo hipotecario».

«Segundo.- Infracción del artículo 80.1 y el 83 del TRLGDCU, vulneración del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 en relación con el artículo 82.1 del TRGDCU, vulneración del Vigésimo Considerando de la Directiva 93/13 y de su artículo 5, la infracción de los artículos 5.5, 7 y 8 de la LCGC, infracción del artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios y de los artículos 19 a 32, y 23 de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios todos ellos por vulneración del control de transparencia de las condiciones incorporadas a contratos con contenedores».

«Tercero.- Infracción del artículo 1261 , 1254 y 1255 del Código Civil ».

«Cuarto.- Infracción del artículo 1303 del Código Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de octubre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Jose Pablo ejercitó una acción para que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario, originariamente concedido a la promotora de la vivienda, en el que se subrogó cuando compró la vivienda y que fue modificada en dicha subrogación.

2.- El Juzgado Mercantil estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula, que establecía un tipo de interés mínimo del 3,95% y un tipo máximo del 14%, por falta de transparencia, dado que no había constancia de una información precontractual, la cláusula se situaba al final de una larga escritura, enmascarada entre una



abrumadora cantidad de datos, recibiendo un tratamiento impropiaamente secundario y fijando un suelo que podía convertir en teórica la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés, fijado para el primer periodo posterior a la subrogación en el 3,95%.

3.- Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank) apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que como en la subrogación solo se modificó el interés remuneratorio, «se negociaría entre las partes», «siendo difícil pensar que [el prestatario] no tuviera perfecta comprensión tanto del límite a la variación del tipo de interés aplicable como de la importancia de ese mínimo aplicable».

Añadía la sentencia que «no puede pedirse a la entidad prestamista que, con respecto al comprador demandante, al subrogarse este en la hipoteca, cumpliera las exigencias de información previa [...] el banco no interviene en la subrogación y solo la consiente, siendo dicha vendedora la responsable de informar al comprador de las condiciones del préstamo que tenía concertado en las cuales se subrogaba».

Por último, la Audiencia Provincial consideró que «la cláusula suelo, novada por el actor en la escritura pública de subrogación hipotecaria de que se trata, supera el control de transparencia en cuanto que, redactada de forma clara y comprensible, fue suficientemente conocida por el mismo antes de adoptar la decisión de suscribir dicha escritura».

4.- El prestatario ha interpuesto recurso de casación basado en varios motivos, que han sido admitidos.

5.- La recurrida, Caixabank, alega la existencia de numerosas causas de inadmisión.

Sobre esta cuestión, este tribunal fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), que ha sido asumido en las sentencias posteriores (351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , entre otras). Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

6.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

7.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y el interés casacional es evidente a la vista de cuál ha sido la jurisprudencia de este tribunal sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo.

Asimismo, se plantean como causas de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso*



1.- El primer motivo del recurso lleva este encabezamiento:

«Infracción del artículo 1 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la contratación (en adelante LCGC), infracción del artículo 3, del artículo 82.2 en relación al artículo 217.6 LEC del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), y por último infracción del artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios y de los artículos 19 a 32, y 23 de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; en relación a la negociación de la constitución del préstamo hipotecario».

2.- En el desarrollo del motivo se analiza la infracción de los distintos preceptos legales invocados. Estas infracciones vendrían provocadas porque la Audiencia Provincial considera la cláusula suelo como una cláusula negociada.

TERCERO.- *Decisión de la sala. No es admisible un concepto restrictivo del requisito de «imposición» necesario para que una cláusula se considere como condición general de la contratación*

1.- Como recordábamos en el apartado 137 de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son:

- i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporada a un contrato.
- ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero.
- iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional.
- iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos.

2.- La sentencia recurrida no cuestiona que concurren los requisitos de contractualidad, predisposición y generalidad. Pero sí niega la concurrencia del requisito de imposición, al considerar que la cláusula suelo fue una cláusula negociada.

3.- En la sentencia 222/2015, de 29 de abril, concretamos cómo debía valorarse el requisito de la imposición. Dijimos en esa sentencia:

«Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento [...]».

4.- En el presente supuesto, la sentencia recurrida incurre en contradicciones al afirmar, de un lado, que Caixabank no tenía siquiera la obligación de informar al consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo porque no intervino en la subrogación, al limitarse a consentirla y, de otro, al declarar que la cláusula suelo «se negociaría entre las partes» ya que en la subrogación se modificó el tipo de interés y la cláusula suelo.

5.- Si no consta siquiera que Caixabank informara al consumidor sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto, sobre la existencia de una cláusula suelo que hacía inviable la bajada del tipo de interés cuando bajara el índice de referencia, resulta inconsistente la afirmación de que Caixabank negoció con el consumidor la inserción de la cláusula suelo.

6.- La simple bajada del tipo del interés remuneratorio en la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario del promotor, pudo deberse a una decisión unilateral de Caixabank para acompañar ese interés remuneratorio a la evolución del mercado y hacer atractiva la subrogación para el consumidor. Lógicamente, al bajar el tipo de interés remuneratorio, hubo de bajar también la cláusula suelo pues, de no hacerlo, el suelo hubiera quedado por encima del interés inicialmente pactado.

7.- Incluso en el caso de que esa bajada del interés remuneratorio pudiera interpretarse como fruto de la negociación del consumidor con Caixabank, esa circunstancia no puede interpretarse como indicativa de que otras cláusulas del contrato, sobre cuya existencia ni siquiera se había informado al consumidor, hubieran sido



negociadas. El art. 1.2.º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , cuya infracción se invoca por el recurrente, declara:

«El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

8.- La Audiencia Provincial aplica un concepto restrictivo del requisito de la «imposición» para concluir en el carácter negociado de la cláusula suelo, al considerar negociada una cláusula suelo por la simple razón de que el interés remuneratorio ha sido reducido al subrogarse el comprador de la vivienda en el préstamo suscrito originariamente por el promotor, lo que ha conllevado la bajada del «suelo» para evitar que quedara por encima del interés remuneratorio inicialmente fijado.

Para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó, a los que la sentencia recurrida no ha hecho referencia.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso*

1.- El epígrafe con que se encabeza este segundo motivo tiene el siguiente tenor literal:

«Infracción del artículo 80.1 y el 83 del TRLGDCU, vulneración del artículo 3.1 de la Directiva 93/13 en relación con el artículo 82.1 del TRGDCE, vulneración del Vigésimo Considerando de la Directiva 93/13 y de su artículo 5, la infracción de los artículos 5.5, 7 y 8 de la LCGC, infracción del artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios y de los artículos 19 a 32, y 23 de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios todos ellos por vulneración del control de transparencia de las condiciones incorporadas a contratos con contenedores».

2.- Los argumentos que desarrollan este motivo se articulan en diversos apartados, en los que se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la jurisprudencia sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo, al afirmar la transparencia de dicha cláusula pese a eximir a la entidad bancaria de la obligación de informar sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo al tratarse de una subrogación en el préstamo hipotecario.

QUINTO.- *Decisión del tribunal. La entidad bancaria está obligada a informar al consumidor de la existencia de la cláusula suelo también en los casos de subrogación en el préstamo hipotecario*

1.- La subrogación del consumidor adquirente de la vivienda en el préstamo hipotecario que para financiar su construcción obtuvo el promotor, exige la intervención de la entidad bancaria que concedió el préstamo, puesto que esta tiene que consentir dicha subrogación.

2.- En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre , afirmamos:

«[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financian mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia».

Por tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información relativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados.

3.- La Audiencia Provincial ha aceptado la tesis sostenida por CaixaBank, en el sentido de que quien estaba obligado a informar al comprador de la vivienda sobre la existencia de una cláusula suelo en el préstamo hipotecario en que se subrogaba, era exclusivamente el vendedor y no el prestamista. Esta tesis se opone a la doctrina establecida por esta sala.

CaixaBank debió informar al comprador de la vivienda de la existencia de una cláusula suelo, en los términos fijados por este tribunal en la jurisprudencia que se inicia con la sentencia 241/2013, de 9 de mayo . No lo hizo



y el consumidor no recibió información alguna sobre la existencia de la cláusula suelo, razón por la cual esta no supera el control de transparencia.

4.- El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, caso *Bachman*) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). El Tribunal resuelve la decisión prejudicial planteada por un tribunal rumano sobre el concepto de consumidor relevante a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 2, b). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto, excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

Es decir, el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta.

5.- No son correctas las consideraciones que se contienen en la sentencia recurrida en el sentido de que «siendo difícil pensar que [el prestatario] no tuviera perfecta comprensión tanto del límite a la variación del tipo de interés aplicable como de la importancia de ese mínimo aplicable».

La obligación que legalmente se impone a los predisponentes de este tipo de contratos de informar de un modo comprensible sobre los elementos esenciales del contrato deriva de que la regla general es justamente la contraria, esto es, la falta de conocimiento y de comprensión del consumidor sobre aquellas condiciones generales sobre las que no ha recibido una información comprensible con anterioridad a la firma del contrato.

6.- Estimados estos dos motivos del recurso de casación, que denunciaban las infracciones legales observadas en los principales argumentos en los que la Audiencia Provincial basó su revocación de la sentencia del Juzgado Mercantil, y dado que los argumentos utilizados en esta sentencia de primera instancia para estimar plenamente la demanda son acordes con la jurisprudencia de esta sala sobre las cláusulas suelo, incluso con las modificaciones introducidas tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, jurisprudencia que por su extensión, reiteración y notoriedad es ocioso reproducir, procede la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la confirmación en sus propios términos de la sentencia del Juzgado Mercantil que estimó plenamente la demanda, sin necesidad de abordar el resto de los motivos de casación.

SEXTO.- Costas y depósito

1.- La estimación del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las costas en este recurso de casación y que se condene a Caixabank al pago de las costas del recurso de apelación que se desestima, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Pablo, contra la sentencia de 13 de febrero de 2015, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 3193/2014.



2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 9/2014 de 16 de enero del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla , que confirmamos en sus propios términos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Acordar la devolución al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ